

בחירות בקלפי והשינוי בתפקיד בית המשפט העליון: חלק א (ארה"ב)

ד"ר שוקי שגב*

עבור בלוג איזונים ובלמים של הפורום הישראלי למשפט וחירות

א) הקדמה

1. ב-23 בפברואר, 2021, סירב ביהמ"ש העליון האמריקני לשמוע שתי עתירות רפובליקניות כנגד הליכי הבחירות לנשיאות 2020: עניין **המפלגה הרפובליקנית של פנסילבניה נ' מזכירת המדינה בפועל של פנסילבניה**, ועניין **קורמן נ' המפלגה הדמוקרטית של פנסילבניה** (להלן: עניין **פנסילבניה**).¹ החלטת העליון האמריקני השאירה על כנה את החלטת ביהמ"ש העליון של פנסילבניה, שהאריכה בשלושה ימים את המועד האחרון הקבוע בחוק לקבלת פתקי הצבעה בדואר בבחירות הנ"ל בשל מגפת הקורונה ובשל צפי לעיכובים במערכת הדואר.² לטענת הרפובליקנים, ביהמ"ש העליון של פנסילבניה (בעל הנטייה הדמוקרטית) הפר את החוקה האמריקנית כאשר חטף לעצמו את הסמכות לקבוע את כללי הבחירות מבית המחוקקים של פנסילבניה (הנשלט על ידי הרפובליקנים).³ בדחיית העתירות על הסף, הותיר העליון האמריקני ללא הכרעה את השאלה למי נתונה הסמכות לקבוע את הכללים המחייבים בבחירות פדרליות-לאומיות – כלומר, האם גופים מדינתיים (כגון ועדות בחירות ובתי משפט מדינתיים), שאינם המחוקק המדינתי, יכולים לשנות את הכללים השולטים על ההצבעה בבחירות פדרליות. אחזור אל נקודה זו בהמשך.
2. ההחלטה בעניין **פנסילבניה** היא חלק מהתדיינות משפטיות נרחבת בעליון האמריקני בענייני בחירות בשנה האחרונה,⁴ התדיינות שבזמן כתיבת שורות אלו עדין לא נסתיימה.⁵ עם זאת,

* ד"ר שוקי שגב הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים האקדמית נתניה וכן חבר הוועדה המייעצת של הפורום הישראלי למשפט וחירות.

¹ ראו: Republican Party of Pennsylvania v. Degraffenreid, Acting Secretary of Pennsylvania, 592 U.S. ____ (2021). https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20-542_2c83.pdf.

² להחלטת ביהמ"ש העליון של פנסילבניה ראו: Pennsylvania Democratic Party v. Boockvar, Secretary of the Commonwealth of Pennsylvania, Decided: Sep. 17, 2020. <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2020/09/1589ec07-66e0-485c-b9be-9f7a03e99643-1.pdf>. על פרוצדורת ההצבעה בדואר ושאר הליכי הצבעה "לא סטנדרטים" בארצות הברית, ראו ניסים סופר "מלינקולן ועד טראמפ – על הליכי הצבעה לא סטנדרטיים בבחירות בארצות הברית" **דיומא** (10.11.2021). <https://www.dyoma.co.il/פוליטיקה-וממשל/556-מלינקולן-ועד-טראמפ--על-הליכי-הצבעה-לא-סטנדרטיים-בבחירות-בארצות-הברית>.

³ סעיף 2, פסקה 1 **לחוקת ארצות הברית של אמריקה**. תרגום לעברית על ידי פרופ' ארנון גטפלד: https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf: "כל מדינה תמנה, באופן שיורה בית המחוקקים שלה, מספר אלקטורים כמספרם הכולל של הסנטורים והנציגים שהמדינה זכאית לו בקונגרס".

⁴ התגברות העתירות בענייני בחירות בתקופה זו קשורה לשינויים או דרישה לשינויים באופני ההצבעה הנהוגים במדינות השונות בשל מגפת הקורונה ראו: Democratic National Committee v. Wisconsin State Legislature, 592 U.S. ____ (2020); Merrill, Alabama Secretary of State v. People First of Alabama, 592 U.S. ____ (2020).

⁵ בתאריך 2 במרץ, 2021 שמע העליון האמריקני טיעונים בעתירות בעניין Arizona Republican Party v. Democratic National Committee, ו- Brnovich v. Democratic National Committee, העוסקות בשאלת חוקיותן של שתי

ההחלטה היא מופע אחד בשורה של מופעים המצביעים על שינוי אידיאולוגי באשר לתפקיד העליון האמריקני בפיקוח ובקרה על הבחירות הפדרליות ומעניינת במיוחד המחלוקת, שהתגלתה בהקשר זה בתוככי המחנה השמרני.

3. התדיינויות בענייני בחירות בביהמ"ש העליון הן חזון נפרץ גם בישראל החל מאמצע שנות השישים.⁶ פסיקת העליון הישראלי משתרעת על פסילת מועמדים ורשימות,⁷ מימון מפלגות בבחירות,⁸ תעמולת בחירות⁹ וכשירות מועמד בבחירות להרכיב ממשלה.¹⁰ מטבע הדברים לא ניתן לסקור ברשימה זו את הפסיקה הנ"ל בכללותה, אלא להתמקד במספר ציוני דרך המצביעים על מגמות שונות. במסגרת מצומצמת זו אטען כי גם בישראל ניתן לזהות תהליכים אידיאולוגיים – בחלקם משיקים ובחלקם סותרים את המגמות האמריקניות – באשר לתפקיד בית המשפט העליון בענייני בחירות.

4. את המאמר אקדיש לשינוי בתפקיד ביהמ"ש העליון בסכסוכים הנוגעים לבחירות בארה"ב ובישראל. אמנם, שיטות הבחירות בארה"ב ובישראל שונות לגמרי: בארה"ב שיטת הבחירות לנשיאות היא שיטת האלקטורים המפורסמת והבחירות לקונגרס הן אזוריות ורוביות ("המנצח לוקח הכל"). בישראל שיטת הבחירות לכנסת היא ארצית ויחסית.¹¹ רב השונה על הדומה גם במסגרת הנורמטיבית הפורמאלית: בישראל הזכות לבחור ולהיבחר הן רחבות מאוד,¹² והובטחו יחד עם השוויון בבחירות בחוק עוד בראשית ימי המדינה¹³ ולאחר מכן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שאף שוריין פרוצדוראלית.¹⁴ בארצות הברית הזכות לבחור מלכתחילה לא נזכרה בחוקה הפדרלית, שהותירה לשיקול דעת המדינות לקבוע מי כשיר לבחור ובאילו תנאים.

הוראות בחוקי הבחירות של אריזונה, שפוגעות בעיקר באוכלוסיות מוחלשות. הראשונה, קובעת פסילת טופס הצבעה אם הוטל במחוז הלא נכון (בדומה לעקרון הריתוק לקלפי הנהוג בבחירות בישראל). השנייה, אוסרת איסוף פתקי הצבעה על ידי גורמים זרים, פרקטיקה המכונה גם בארה"ב "קצירת קולות" (ballot harvesting) ובישראל "מפקדי ארגזים".

⁶ חלק ניכר מפסיקת העליון נוגע להפעלת סעיף 7א. לחוק יסוד הכנסת, הקובע עילות לפסילת רשימה או מועמד. יש גורסים כי יש לבטל את סעיף 7א. כליל, ראו ניסים סופר "לבטל את 7א." **דיומא** (23.2.2021). <https://www.dyoma.co.il/פוליטיקה-וממשל/696-לבטל-את-7א>.

⁷ ראו לאחרונה א"ב 1156/21 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-24 נ' מראענה** (28.2.2021).

⁸ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1982); בג"ץ 3434/96 **הפנונג נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (1996).

⁹ בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נז(1) 750; בג"ץ 1501/21 **נתניהו נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים וארבע** (2.3.2021).

¹⁰

¹¹ להסבר על שיטות הבחירות השונות הנהוגות בעולם ועל הוויכוח בשנות החמישים, שהתקיים על שיטת הבחירות הרצויה למדינת ישראל ראו ניר קידר "המאבק לשינוי שיטת הבחירות בישראל בעשור הראשון למדינה: סיפור על דמוקרטיה, תרבות אזרחית ומשפט" **עיוני משפט** לג 555, (2011).

¹² דנה בלאנדר ואביטל פרידמן "מי לא יוכל להצביע ביום הבחירות" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.3.2021). [https://www.idi.org.il/articles/26341?ct=t\(EMAIL_CAMPAIGN_4_3_2019_10_18\)](https://www.idi.org.il/articles/26341?ct=t(EMAIL_CAMPAIGN_4_3_2019_10_18)).

¹³ ראו סעיפים 1, 2, 6, לחוק הבחירות לכנסת השנייה, תשי"א – 1951.

¹⁴ קידר, **לעיל** הערה 11.

משמעות הדבר היא שעל פי רוב הזכות לבחור הוענקה רק לגברים לבנים בעלי רכוש.¹⁵ בסדרה של תיקונים לחוקה – 15, 19, 24 ו-26 – נקבעו איסורים לפגיעה בזכות לבחור מחמת גזע, צבע עור, מין, אי תשלום מס קלפי, ומטעמי גיל.¹⁶ חקיקת סדרת התיקונים נעשתה בתהליך מתמשך של כמעט מאתיים שנה, ואכיפתם על המדינות הייתה חסרה, כשמדינות הדרום אימצו חוקים, שמנעו משחורים בטכניקות שונות לממש את זכותם לבחור (למשל, הנהגת מבחני קריאה וכתביה כתנאי למימוש הזכות לבחור). רק בשנת 1965 חוקק הקונגרס את חוק זכויות ההצבעה האוסר על אפליה בהצבעה מחמת גזע.¹⁷ עדין אוכלוסיות רחבות בארה"ב, כגון אסירים, חסרות הגנה חוקית פורמאלית בעניין הפליה בבחירות ברמה הפדרלית.

5. למרות הבדלים אלה, לארה"ב וישראל יש גם מכנה משותף: שתיהן שסועות כלכלית, חברתית, פוליטית ודתית, ובשתיהן מתנהלת מלחמת תרבות חריפה. במשך עשרות שנים היו הבחירות הכלליות בישראל והפדרליות בארה"ב מנגנון חשוב להכרעה במחלוקות באשר לדמותה של האומה.¹⁸ לא במקרה אמר הנשיא טרומן כי היד שמטילה את הפתק בקלפי ולא היד שחותמת על החוק היא היד השולטת בגורלה של האומה.¹⁹ אולם הפילוג והקיטוב המאפיינים היום את מלחמות התרבות המודרניות בארה"ב וישראל, והעובדה שהמנצחים במלחמת התרבות עשויים להיקבע בפער של כמה אלפי קולות, יוצרים לחץ עצום על שיטות הבחירות ועל המנגנונים והאיזונים המובנים בהן. בהתאם, ניתן לזהות מגמה של ריבוי בהתדיינויות משפטיות בענייני בחירות,²⁰ והדברים באים לידי ביטוי גם בשינוי בתפקיד שהעליונים האמריקנים והישראלים לוקחים לעצמם במסגרת הבחירות.

6. מבנה המאמר כדלקמן: תחילה, אסקור את התנהלות בית המשפט העליון האמריקני בענייני בחירות תחת שלוש קטגוריות: אקטיביזם/ריסון שיפוטי, פרשנות חוקתית, ובעיית הלגיטימציה (**פרק ב**). על רקע זה, אבחן את ההחלטה בעניין **פנסילבניה**, את הטקטיקות והכלים השיפוטיים ובעיקר את המחלוקת בתוך המחנה השמרני באשר לדרך ההתמודדות עם אתגרי הבחירות באמריקה היום (**פרק ג**). על בסיס התובנות מהדיון הנ"ל אבחן במאמר הבא כמה ציוני דרך ישנים²¹ וחדשים²² בפסיקה הישראלית בנושאי הבחירות.

¹⁵ ALEXANDER KEYSSAR, THE RIGHT TO VOTE: THE CONTESTED HISTORY OF DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 21-25 (2000); TRACY CAMPBELL, DELIVER THE VOTE: A HISTORY OF ELECTION FRAUD, AN AMERICAN POLITICAL TRADITION – 1742-2004, 12 (2006).

¹⁶ לעיל הערה 3.

¹⁷ ראו: Voting Rights Act of 1965 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-79/pdf/STATUTE-79-Pg437.pdf>.

¹⁸ להצדקות שונות לחשיבות זכות הבחירה והכרעת הרוב של הציבור בקלפי ראו שאול שארף "זכות הבחירה לפרלמנט במדינה דמוקרטית או בשבח הכרעת הרוב" **תיקון – ספרים רב-תחומיים לטיפול ולשינוי חברתי** כרך ב https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3368223.

¹⁹ ראו: "Harry S Truman Quotes." *Quotes.net*. STANDS4 LLC, 2021. Web. 10 Mar. 2021. www.quotes.net/quote/3051.

²⁰ לריבוי ההתדיינויות בענייני בחירות בבתי משפט מדינתיים בארה"ב ראו למשל: Richard L. Hasen, *The Democracy Canon*, 62 STAN. L. REV. 69, 89 (2009).

²¹ ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) (להלן: עניין ירדור); בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).

²² ע"ב 1866/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' בן ארי, היבא יזבאק ונתניהו.

(ב) רקע: מגמות בבבית המשפט העליון האמריקני בענייני בחירות

7. כדי להבין את השינוי בתפקיד העליון האמריקני בענייני בחירות עלינו לחזור לשנות השישים של המאה הקודמת. באותה תקופה, ברחבי אמריקה רווחה תופעה של הבדלים ניכרים בגודל האוכלוסייה של המחוזות מהם נבחרים נציגי הציבור לבתי המחוקקים, שנבעה בחלקה משינויים דמוגרפיים ואורבניים, שהיו בעצמם פועל יוצא של התפתחות טכנולוגית ותיעוש. חוסר הרצון לחלק מחדש באופן שוויוני את מחוזות הבחירה בהתאם לשינוי הדמוגרפי, נבע בעיקרו מחשש לפגיעה באינטרסים עסקיים וקנייניים והאמונה כי הרכב בית המחוקקים צריך לכלול מספר דומה של נציגי יישובים כפריים ונציגי ערים ועיירות. אולם, במצב הנ"ל היה עיוות בו מחוזות כפריים ומיושבים ספורדית זוכים לייצוג זהה לאזורים אורבניים המאוכלסים בצפיפות – כלומר, "קולו" של תושב המחוז הכפרי היה בעל משקל גבוה יותר בקלפי, מאשר "קולו" של תושב המחוז העירוני.

8. זהו תור הזהב של ביהמ"ש של הנשיא ארל וורן (1953—1969).²³ בסדרה של פסקי דין מעוררי הד ציבורי – **בקר נ' קר** (1962),²⁴ **ריינולדס נ' סימס** (1964),²⁵ **ווסברי נ' סנדרס** (1964)²⁶ – נקבע כי שאלת סרטוט מחוזות הבחירה היא שאלה שפיטה המתאימה להכרעה על ידי בתי המשפט, וכי פסקת ההגנה השווה בפני החוק, שבתיקון ה-14, כוללת גם את העיקרון של שוויון בבחירות הידוע גם כ-"קול אחד, לכל אחד" (one person, one vote). השופט היהודי הפרוגרסיבי ויליאם ברנן כתב בדעת בית המשפט בעניין **בקר**, כי העובדה שהעתירה מכוונת להגן על זכות פוליטית (הזכות לבחור ולהיבחר) אין משמעה כי מדובר בשאלה פוליטית, שכן אין מדובר בשאלה העומדת להכרעת רשויות פוליטיות אחרות שוות מעמד לעליון האמריקני,²⁷ כי ההכרעה שיפוטית לא תוביל להפרעה חמורה לסדר הציבורי או למבוכה לממשל האמריקני בחו"ל וכי התיקון ה-14 הוא אמת מידה משפטית מוכרת ומפותחת להכריע בסכסוכי בחירות כאמור.²⁸ הנשיא ארל וורן כתב בדעת בית המשפט בעניין **ריינולדס** כי:

"מחוקקים מייצגים אנשים, ולא עצים או דונמים. מחוקקים נבחרים על ידי מצביעים, ולא על ידי חוות או ערים או אינטרסים כלכליים. כל עוד צורת השלטון שלנו היא ייצוגית, והמחוקקים שלנו הם האמצעים השלטוניים הנבחרים באופן ישיר והמייצגים באופן ישיר את הציבור, הזכות לבחור את המחוקקים ללא הפרעה היא מעיקרי היסוד של שיטתנו הפוליטית."²⁹

²³ הציפייה כי בית המשפט של ברגר יהיה בעל נטייה משפטית שמרנית שתוביל למהפכת נגד התבדדה והוא נחשב על פי רוב כממשיך דרך של בית המשפט של וורן הגם שלא באותה עוצמה. ראו: Vincent Blasi ed., THE BURGER COURT: THE COUNTER-REVOLUTION THAT WASN'T (Vincent Blasi ed., 1983).

²⁴ ראו: Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962). (להלן: עניין **בקר**).

²⁵ ראו: Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964). (להלן: עניין **ריינולדס**).

²⁶ ראו: Wesberry v. Sanders, 376 U.S. 1 (1964).

²⁷ ברנן הסביר כי השאלה העומדת לפני בית המשפט היא האם חוסר הנכונות של מדינת טנסי לחלק מחדש את מחוזות הבחירה תואמת את החוקה הפדרלית.

²⁸ עניין **בקר**, לעיל הערה 24, בע' 209, 226.

²⁹ עניין **ריינולדס**, לעיל הערה 25, בע' 562.

9. גישתם האקטיביסטית והפרוגרסיבית של וורן וברנן נתקלה בהתנגדות חריפה. השופט היהודי פליקס פרנקפורטר הוקיע את דעת הרוב בעניין **בקר**, וגרס כי יש להותיר את המחלוקת הפוליטית להכרעת הרשויות הפוליטיות:

"סמכותו של בית המשפט – אינה נשענת על ארנק או חרב – אלא בסופו של דבר נחה על אמון הציבור ברמתו המוסרית. אמון זה יש לטפח באמצעות ניתוק גמור הלכה למעשה מהסתבכות פוליטית והימנעות מלהיקלע לתוך מאבק של כוחות פוליטיים... הכרה בחוסר היכולת השיפוטית נובעת מהכרה כנה, **שלא לכל עוול פוליטי יש תרופה משפטית בחוקה**. בחברה דמוקרטית כמו שלנו, התרופה חייבת להגיע באמצעות התעוררות של מצפון עממי, שיצרו את מצפונם של נבחרים הציבור."³⁰

10. השופט ג'ון מרשל הרלן II בדעת המיעוט בעניין **ריינולדס סבר** כי ביהמ"ש בהחלטותיו חרג מסמכותו, חתר תחת עקרון הפדרליזם המעניק למחוקקי 50 המדינות שיקול דעת לסרטט את מחוזות הבחירה, החליש את המערכת הפוליטית, וכינה את הפסיקה החדשה "**ניסוי בהרפתקנות חוקתית**".³¹ מעבר לכך, לגישתו של הרלן, דעת הרוב מתעלמת מהטקסט, מההיסטוריה ומהכוונה המקורית של פסקת ההגנה השווה של התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית, שלא תוכננה לחול על זכויות הצבעה או אופן ודרך עריכת הבחירות לגופים נבחרים.³² **הרלן האשים את בית המשפט, כי בפרשנותו החדשה לתיקון ה-14 נטל לעצמו את הסמכות לתקן את החוקה.**³³

11. למרות הביקורת, ההחלטות הנ"ל הפכו לאבני דרך במשפט החוקתי האמריקני, ויש הגורסים כי חשיבותן גדולה מפסק הדין הנודע בעניין **בראון נ' וועדת החינוך של טופיקה**,³⁴ שכן הפכו את הממשל באמריקה ליותר דמוקרטי ולהרבה יותר ייצוגי.³⁵ עם זאת, לענייננו חשוב לציין כי תקדימים אלה נשענו על הבנה שנויה במחלוקת של החוקה האמריקנית ושל הפונקציה השיפוטית: הבנה לפיה החוקה האמריקנית מתפתחת, משתנה עם הזמן, ומותאמת לנסיבות החיים המשתנות גם מבלי שנעשה בה תיקון פורמאלי (מסורת "החוקה החיה");³⁶ וכי בהתאם תפקיד ביהמ"ש להתאים את החוקה לזמנים המודרניים ולהניע תיקון חברתי כאשר רשויות שלטוניות אחרות נכשלות בכך.

12. נקודת הציפון הבאה להבנת השינוי בתפקיד העליון האמריקני בענייני בחירות היא מערכת הבחירות לנשיאות בשנת 2000, השנויה במחלוקת עד היום, בה התמודדו ג'ורג' ווקר בוש ואל

³⁰ עניין **בקר**, לעיל הערה 24, בע' 267, 270. פרופ' סנפורד לוינסון כתב כי אמונתו הנחרצת של פרנקפורטר בעניין **בקר** ביכולתו של ההליך הפוליטי לתקן את עצמו ("התרופה חייבת להגיע באמצעות התעוררות של מצפון עממי, שיצרו את מצפונם של נבחרים הציבור") אינה שונה מאמונות דתיות רווחות ואינה עומדת בבחינה אמפירית מפוקחת. ראו: Sanford V. Levinson, *The Democratic Faith of Felix Frankfurter*, 25 STAN. L. REV. 430, 448 (1973).

³¹ עניין **ריינולדס**, לעיל הערה 25, בע' 625.

³² **שם**, בע' 590--591.

³³ **שם**.

³⁴ ראו למשל דברי הנשיא וורן עצמו בספר זיכרונות שכתב לאחר פרישתו: CHIEF JUSTICE EARL WARREN, THE MEMOIRS OF EARL WARREN 306 (1977).

³⁵ ראו: Andrea Sachs, *The Best Supreme Court Decisions Since 1960*, TIME (6.10.2015).

³⁶ ראו: Charles A. Reich, *Mr. Justice Black and the Living Constitution*, 76 HARV. L. REV. 673, 735 (1963); DAVID A. STRAUSS, THE LIVING CONSTITUTION 1 (2010); Robert G. Dixon, *Article 5: The Comatose Article of Our Living Constitution?*, 66 MICH. L. REV. 931 (1968).

גור. תוצאות הבחירות היו תלויות ב-25 האלקטורים של מדינת פלורידה והפער בין המועמדים עמד על פחות מאלפיים קולות. מעורבות העליון האמריקני לטובת בוש הייתה בשתי החלטות בהפרש של שמונה ימים: **בוש נ' ועדת הבחירות של פאלם ביץ'**,³⁷ ו**בוש נ' גור**.³⁸ הסיבה להתערבות השיפוטית בשנת 2000 נבעה מאמונה של שופטי העליון בושינגטון כי שופטי העליון של מדינת פלורידה כותבים מחדש את חוקי הבחירות של פלורידה כאשר תחילה התעלמו מהמועד שהיה קבוע בחוק הבחירות של פלורידה להעברת התוצאות הרשמיות (עניין **פאלם ביץ'**), ובכך שלאחר מכן אפשרו לוועדות הבחירות לספור מחדש פתקי הצבעה שנויים במחלוקת בלי כללים וסטנדרטים ברורים ושוויוניים (עניין **בוש**).

13. בהחלטה בעניין **בוש**, שהכריעה למעשה סופית את הבחירות לטובת בוש, נחלקו שופטי העליון על פי קווים אידיאולוגיים ברורים של 5 שמרנים (רנקוויסט, אוקונור, קנדי, תומס וסקליה) מול 4 ליברלים (סטיבנס, גינצבורג, סוטר וברייר). דעת בית המשפט (*Per Curiam*) ציטטה את עניין **ריינולדס**, כי שלילת הזכות להיבחר עשויה להתבצע גם על ידי שנמוך או דילול קולות האזרחים ולא רק על ידי הטלת איסור או מגבלה על השימוש בזכות.³⁹ בהתאם, נקבע כי הוראתו של ביהמ"ש העליון של פלורידה לספור קולות שנויים במחלוקת, אם ניתן "להסיק את כוונתו של הבוחר מפתק ההצבעה", מפרה את פסקת ההגנה השווה שבתיקון ה-14, שכן היא לוקה בשרירותיות בשל העדרם של סטנדרטים ספציפיים, שיבטיחו כי וועדות הבחירות יישמו אותה באופן שוויוני ואחיד.

14. שופטי המיעוט הליברלים הדהדו את ביקורתו של השופט פרנקפורטר בעניין **בקר**. השופט סטיבנס כתב כי ייתכן שלא נדע לעולם את זהות המנצח בבחירות לנשיאות 2000, אולם זהות המפסיד ידועה, והיא אמון הציבור בהיות השופט שומר שלטון החוק ללא משוא פנים. השופט ברייר כתב כי בסוגיה כה פוליטית, התפלגות שופטי העליון על פי הקווים האידיאולוגיים המוכרים, תוביל לפגיעה מסוכנת באמון הציבור בביהמ"ש, אמון שנצבר לאורך שנים רבות ובעמל רב.⁴⁰ לטענתו, השופטים השמרנים זנחו את הריסון והבלמים בהפעלת כוחם, ופגעו לא רק בביהמ"ש עצמו, אלא באומה האמריקנית כולה.

15. לכאורה, עניין **בוש** ממשיך את המגמות והתקדימים שנצפו לעיל: הרחבת ההגנה על הזכות לבחור באמצעות פסקת ההגנה השווה של התיקון ה-14 ושימוש בעליון האמריקני לתיקון פגמים ועולות שנתגלו במהלך הבחירות במדינות. מסקנה לכאורית זו מתחזקת לאור העובדה ששני שופטים ליברלים (סוטר וברייר) הצטרפו לדעת הרוב בשאלת הפרת התיקון ה-14 אבל נחלקו בשאלת הסעד.⁴¹ אולם זוהי טעות, שכן יש להבדיל בין השמרנים המתונים (אוקונור וקנדי) שבהחלט הראו סימפטיה לאורך השנים לפרשנות אגרסיבית של התיקון ה-14, לבין השמרנים המובהקים (רנקוויסט, סקליה, ותומס) הנוטים לפרשו בצמצום ובהתאם למשמעותו הציבורית המקורית.

³⁷ ראו: Bush v. Palm Beach County Canvassing Board, 531 U.S. 70 (2000). (להלן: עניין **פאלם ביץ'**).

³⁸ ראו: Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000). (להלן: עניין **בוש**).

³⁹ **שם**, בע' 105.

⁴⁰ **שם**, בע' 157.

⁴¹ ברייר וסוטר הציעו להחזיר את העניין לביהמ"ש העליון של פלורידה על מנת שיגבש כללים ברורים ואחידים חדשים ויבצע ספירה מחדשת בדד לניין חדש. שופט הרוב התנגדו להצעה זו וסברו כי על וועדות הבחירה בפלורידה לסיים את הספירה על פי הדד לניין שנקבע על ידי המחוקק של פלורידה בחוקי הבחירות של פלורידה.

16. השופטים השמרנים המובהקים כתבו חוות דעת נפרדת, על מנת להדגיש כי ישנו נימוק נוסף להתערבות בהחלטת ביהמ"ש העליון של פלורידה והוא עקרון עצמאות המחוקק המדינתית הקבוע בסעיף 2 לחוקה האמריקנית ולפיו בחירת האלקטורים של המדינה תעשה באופן שירה בית המחוקקים של המדינה.⁴² סוגיה זו הושארה בצריך עיון בדעת ביהמ"ש, שלא מצא צורך להכריע בה לאחר שהכיר בפגיעה בפסקת ההגנה השווה בפני החוק שבתיקון ה-14.⁴³ לדעת שלושת השופטים השמרנים המובהקים, בית המשפט העליון של פלורידה עיוות את חוקי הבחירות של פלורידה והעניק להם פרשנות לא סבירה ובכך פגע בסמכות המחוקקים של פלורידה כפי שזו הואצלה בחוקה האמריקנית.⁴⁴ מכאן, שעמדת השופטים השמרנים המובהקים בעניין **בוש** נשענה על מחויבות לריסון שיפוטי (במקרה הזה מצד ביהמ"ש העליון של פלורידה), לפדרליזם (מניעת פגיעה ברצון המחוקק המדינתית) ולפרשנות חוקתית מקורנית (פרשנות החוקה בהתאם למשמעות המקורית בעת שאושרה).⁴⁵ יתרה מזאת, **ההתנגשות בין תפיסות העולם החוקתיות בעניין בוש משקפת ועוקבת אחר השסע הערכי והמוסרי המפלג את האומה האמריקנית באשר לבחירות**. בעוד שהליברלים מביטים במנגנוני הבחירות ההיסטוריים וחלוקת הסמכויות החוקתית המקורית כמקור לבעיות עכשוויות, השמרנים מביטים על העבר החוקתי כמקור לפתרון.

ג) הבחירות לנשיאות 2020 ועניין פנסילבניה

17. כאשר דנים בהליך הבחירות לנשיאות, חשוב להזכיר כי למעשה לא מדובר בשיטת בחירות אחת אלא בחמישים שיטות שונות, שכן כאמור החוקה האמריקנית האצילה למחוקקים במדינות השונות את הסמכות לקבוע את כללי הבחירות לאלקטורים לנשיאות. כל מחוקק מדינתי קבע לעצמו כללים להצבעה ולהצבעה בדואר, כאשר הוא מאזן בין הצורך "להרתיע מפני זיופים" מול החשש מפני "הרתעת בוחרים". כלומר, מהם האמצעים שיבטיחו את טוהר הבחירות אבל לא ירתיעו אוכלוסיות מוחלשות לממש את זכותם להצביע. ההצבעה בדואר נקבעה על פי רוב במדינות השונות כחריג לכלל של הצבעה בקלפי, ונקבעו בה גם מנגנוני אימות על מנת להבטיח את כשרותה.

18. עם בוא מגפת הקורונה עלתה דרישה – בעיקר בקרב המחנה הדמוקרטי – להרחיב את ההיתרים להצבעה בדואר, ולהקל בפרוצדורות לספירת פתקי ההצבעה. לעיתים המחוקק המדינתי נענה לכך ולעיתים סירב. המפלגה הדמוקרטית פנתה להליכים משפטיים, על מנת לקבל היתרים והקלות. בחלק ניכר מההליכים הנ"ל היא נכשלה.⁴⁶ בתי המשפט הפדרליים היו

⁴² ראו לעיל הערה 3.

⁴³ עניין **בוש**, לעיל הערה 38, בע' 105.

⁴⁴ **שם**, בע' 115.

⁴⁵ ראו: Antonin Scalia, *Modernity and the Constitution*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 313, (Smith, 1995) 315: "מנקודת המבט שלי אינני מודאג מכך שהחוקה "מפריעה למודרניות", שכן לדעתי זה כל המטרה שלה... לכן, תוקפה של הביקורת כי החוקה הישנה מפריעה למודרניות דומה לתוקפה של ביקורת כי פגזי ארטילריה הורגים אנשים, או כי מטוסים מתרוממים מהקרקע ונוסקים אל על. כל המטרה של חוקה – ישנה או חדשה – זה למנוע ולעכב שינוי, או אם רוצים לתאר זאת באופן מזלזל: להפריע למודרניות."

⁴⁶ ראו לעיל הערה 4.

נאמנים לעקרון "פארסלי", לפיו אסור לשנות את כללי הבחירות בתקופת הבחירות, שכן הדבר יבלבל את הבוחרים וגם יקשה על בעלי הסמכות להוציא את הבחירות אל הפועל באופן הוגן וצודק.⁴⁷

19. אבל היו למפלגה הדמוקרטית כמה הצלחות. כך למשל, בבית המשפט העליון של פנסילבניה – הנשלט בידי שופטים המזוהים עם המפלגה דמוקרטית – הצליחה המפלגה להאריך את המועדה אחרון לקבלת המעטפות בדואר בשלושה ימים, וזאת גם אם אין עליהן חותמת דואר המעידה שנשלחו בזמן הקובע.⁴⁸ נציגי המפלגה הרפובליקנית עתרו לבית המשפט העליון בווינגטון. לטענתם, בית המשפט של פנסילבניה הפר את החוקה האמריקנית וחטף לעצמו את הסמכות הנתונה למחוקק של פנסילבניה. העותרים ביקשו צו מניעה זמני כנגד ביהמ"ש העליון של פנסילבניה. לטענתם, החלטת העליון של פנסילבניה זורעת אי סדר שבועות בודדים לפני יום הבחירות ואף תדרבן בתי משפט נמוכים נוספים לשנות את המועדים הקבועים בחוקים הרלוונטיים ממש טרם הבחירות לנשיאות.⁴⁹ בין היתר, נסמכו העותרים על התקדים בעניין **פאלם ביץ'**, לשלילת הארכת מועדים הקבועים בחוק על ידי בתי משפט מדינתיים.⁵⁰
20. כשלושה שבועות לאחר הגשת הבקשה הסתבר כי העליון האמריקני הגיע למבוי סתום (תיקו של 4 – 4) כאשר הנשיא רוברטס הצביע עם השופטים הליברלים (בריר, סוטומיור וקגן) לדחיית העתירה.⁵¹ מינויה של השופטת איימי קוני בארט טרם אושר בסנאט, העליון האמריקני תיפקד עם שמונה שופטים חברים והשופטים כנראה העדיפו שלא להמתין למינויה.⁵² בהעדרו של רוב מבין חברי העליון, השופטים השמרנים (תומס, אליטו, גורסיץ' וקאונו) רשמו את הסכמתם להענקת הצו לפרוטוקול, אולם היא חסרת נפקות משפטית מעשית.
21. ארבע ימים לאחר מכן, העותרים הרפובליקנים חזרו לעליון וביקשו כי העתירה תוכרע בהליך חירום מזורז. גם בקשה זו נדחתה כאשר העליון היה עדין במבוי סתום של 4 – 4. במועד זה, מינויה של השופטת בארט אושר על ידי הסנאט, אבל החלטת העליון מציינת כי בראט לא לקחה חלק בדיונים ובהחלטה לדחות את הבקשה להליך מזורז.⁵³ השופט השמרן אליטו (בהצטרפות השופטים תומס וגורסיץ') כתב הצהרה כי "אופן טיפולו של ביהמ"ש [העליון] בסוגיה החוקתית החשובה בעניין [פנסילבניה] יצר את התנאים לבעיות רציניות לאחר הבחירות".⁵⁴ אליטו ציין

⁴⁷ העיקרון נקבע בפסק הדין בעניין: Purcell, Maricopa County Recorder v. Gonzalez, 549 U.S. 1 (2006).

⁴⁸ להחלטת ביהמ"ש העליון של פנסילבניה ראו **לעיל** הערה 2.

⁴⁹ לבקשה החירום לצו מניעה ראו: <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2020/09/20A53.pdf>.

⁵⁰ **שם**, בע' 33.

⁵¹ בניגוד להחלטה לשמוע את העתירה הדורשת הסכמה של ארבעה שופטים (כלל הארבעה), הרי שעל מנת לקבל צו מניעה זמני יש צורך בחמישה שופטים. הכללים הללו נכונים כאשר העליון מתפקד בהרכב מלא. כאשר ההרכב חסר, עדין צריך רוב מבין השופטים להחלטה לפעול.

⁵² לעליון האמריקני, בדומה לישראלי, שיקול דעת בקביעת המועד לשמיעת עתירות וקבלת החלטה בהן. לאחר מותו של סקליה, תיפקד העליון האמריקני תקופה ארוכה בהרכב חסר של שמונה שופטים בלבד, ומומחים המסקרים את העליון האמריקני סברו כי במספר תיקים ננקטה הטקטיקה של המתנה על פני החלטת תיקו, שמשמעותה דחיית העתירה ללא כוח תקדימי.

⁵³ ראו: Republican Party of Pennsylvania v. Boockvar, Secretary of Pennsylvania, 592 U.S. ____ (2020). החלטה מיום 28.10.2020. מתשובת דוברות ביהמ"ש העליון לשאלות עיתונאים, נראה שהפעם השופטת בארט היא שהחליטה שלא להשתתף בדיונים בנימוק שטרם הספיקה להתעדכן בבקשות ובהליכים שהוגשו בעניין פנסילבניה.

⁵⁴ **שם**.

כי גם המשיבים הדמוקרטים הסכימו כי הסוגיה בעלת חשיבות חוקתית לאומית וביקשו כי תוכרע טרם הבחירות, והתאונן על חוסר הנכונות של העליון לפעול בשל התפלגות השופטים באופן שווה. אליטו חזר על עמדת השמרנים המובהקים בעניין **בוש**, כי החוקה הפדרלית העניקה למחוקק המדינתי את הסמכות לקבוע את כללי הבחירות, ולא לבתי המשפט המדינתיים. לגישתו הוראה חוקתית זו תתרוקן מתוכן, אם בתי המשפט המדינתיים יוכלו להתגבר על הוראות המחוקק המדינתי בתואנה כי החוקה המדינתית מעניקה להם את הסמכות לקבוע כללים לעריכת בחירות הוגנות.⁵⁵ אליטו הביע את דעתו כי העתירה מעלה שאלה חוקתית בעלת חשיבות לאומית, וכי "קיימת סבירות גבוהה כי ביהמ"ש של פנסילבניה הפר את החוקה הפדרלית".⁵⁶ אליטו נאלץ להכיר בכך, שדיון והכרעה בעתירה טרם הבחירות אינו אפשרי עוד, שכן נותרו באותו זמן ימים בודדים עד ליום הבחירות.⁵⁷ ביקורתו מופנית כנראה כנגד הנשיא רוברטס, שהעדיף לדחות את הטיפול בעתירה לאחר הבחירות מתוך תקווה כי תתייתר מכיוון שלא יהיה בה כדי להשפיע על התוצאות הכלליות בין ביידן לטראמפ בפנסילבניה או בארה"ב באופן כללי. אליטו הדגיש שהעליון עדיין יוכל להכריע בעתירה בלוח זמנים מקוצר והטעים כי פנסילבניה הורתה לוועדות הבחירות להפריד את פתקי ההצבעה שיתקבלו לאחר יום הבחירות ועד תאריך היעד המוארך, דבר שיאפשר "תרופה ממוקדת" היה וייקבע בסופו של דבר כי יש לבטל את החלטת ביהמ"ש של פנסילבניה.⁵⁸

22. בניגוד לישראל,⁵⁹ דחיינות שיפוטית (המכונה בישראל גם "שמרטפות") מתוך בחירה מושכלת אינה רווחת בבית המשפט העליון האמריקני, בעיקר מטעמים מבניים, שמעניקים מלכתחילה לעליון האמריקני שיקול דעת כמעט מוחלט להחליט על סדר היום השיפוטי. העליון האמריקני שומע פחות משמונים עתירות מתוך 8,000 המוגשות מדי שנה, וברשותו כלים אחרים המאפשרים לו שלא להחליט בסוגיות בוערות, כגון לתת לסכסוכים להתבשל, לבעבע, לחלחל או להסתנן (percolate) בבתי המשפט לערעורים, עד אשר יגיע המועד להתערבות העליון על מנת לסיימו, בהתאם להבנתם של שופטי העליון.⁶⁰

23. עם זאת, בשנים האחרונות ניתן לזהות מקרים נוספים בו העליון האמריקני בחר בגישה של דחיינות או שמרטפות, בעיקר בסכסוכים בעלי פרופיל פוליטי-חברתי גבוה כאשר השופטים עצמם מפולגים ומקוטבים,⁶¹ כמו למשל בעתירה נגד חיוב כיסוי ביטוחי לאמצעי מניעת הריון במסגרת תכנית ביטוח הבריאות של אובמה – **זוביק נ' בורוול**⁶² – ובעתירה נגד הצו הנשיאותי

⁵⁵ ש.ס.

⁵⁶ ש.ס.

⁵⁷ ש.ס.

⁵⁸ שלושה ימים לאחר הבחירות ועם סיום תאריך היעד המוארך הגישו העותרים הרפובליקנים בקשה להמשיך להפריד את פתקי ההצבעה ושלא להכליל אותם בסך הקולות הסופי. בקשה זו נענתה בחלקה על ידי השופט אליטו, שאחראי מבחינה גיאוגרפית על האזור הכולל את מדינת פנסילבניה. אליטו הורה להמשיך להפריד את פסקי ההצבעה אך סירב להורות שלא לספור אותם בלי שהבקשה תאושר על ידי העליון בהרכב מלא. צו מיום 6.11.2020.

⁵⁹ ראו, אריאל בנדור "מגמות במשפט ציבורי בישראל: בין משפט לשפיטה" **משפט וממשל** יד 377 (תשע"ב).

⁶⁰ ראו: Tom S. Clark & Jonathan P. Kastellec, *The Supreme Court and Percolation in the Lower Courts: An Optimal Stopping Model*, 75 THE JOURNAL OF POLITICS 150 (2013).

⁶¹ Ariel L. Bendor & Joshua Segev, *The Supreme Court as a Babysitter: Modeling Zubik v. Burwell and Trump v. International Refugee Assistance Project Rights*, 2018 MICH. ST. L. REV. 373 (2018).

⁶² ראו: *Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 1557, 1559-60 (2016).

שאסר כניסה לארה"ב לבאים ממדינות מוסלמיות מהמזרח התיכון – **טראמפ נ' הפרויקט הבינלאומי לסיוע לפליטים**.⁶³ מודל הדחייות או השמרטפות אינו מונחה החלטה, ותפקידו של ביהמ"ש אינו לספק פתרון משפטי סופי לסכסוך התרבותי הבא לפניו, אלא ללוות, לנהל, לטפל ולעודד את זרועות השלטון האחרות לפרוע ולקיים את מה, שהשופטים תופסים, כחובותיהן החוקיות והערכיות של אותן זרועות. בהתאם, הסכסוך נמשך, ומתגלגל עד אשר הוא ממצה את עצמו או מגיע לפתרון סביר על פי השקפת עולמם של השופטים.

24. מדברי הביקורת של אליטו, אנו למדים שהדחייות בעניין **פנסילבניה** אינה רק תוצאה של כורח הנסיבות (אין מספיק זמן להכריע טרם הבחירות) אלא גם תוצר של הכרעה אידיאולוגית של הנשיא רוברטס המינימליסט,⁶⁴ המעדיף פשרות מוזרות ויצירתיות, באשר לאופן הראוי להפעלת הפונקציה השיפוטית של העליון האמריקני.⁶⁵ את ההססנות והדחייות בגישת העליון האמריקני בעניין **פנסילבניה**, ניתן לייחס **ראשית** לחוסר שכנוע של רוברטס כי מעורבותו של העליון נחוצה, שכן מספר הקולות המצומצם המצוי תחת מחלוקת לא ישפיע על תוצאות הבחירות, ושם היקף הבעיות שנתגלו רחב יותר מהארכת מועד תאריך היעד בפנסילבניה, כפי שנטען בעתירות אחרות שהוגשו באותו זמן על ידי טקסס ומדינות, הרי שלעליון האמריקני כלים מוגבלים לתיקון עוולות ופגמים בשיטת הבחירות.⁶⁶ **שנית**, ניתן לייחס הססנות זו לחשש שמא ייתפס בעיני הציבור כפועל בשירות כוחות ואינטרסים פוליטיים ועל פי העדפה פוליטית של שופטיו. סכנה זו הייתה גדולה במיוחד בעניין פנסילבניה כאשר העליון פועל בתנאי חירום, בתנאים של אי ודאות עובדתית, ללא חוות דעת מפורטות וכאשר השופטים נחלקים על פי קווים אידיאולוגיים ידועים.⁶⁷ בהשארת העתירה תלויה ועומדת עם סעד מינימלי של "הפרדת קולות" – נמצאה דרך ביניים לעליון האמריקני להיות מעורב ולא מעורב במערכת הבחירות, ולאזן בין המחויבות להוראת סעיף 2 לחוקה (עצמאות המחוקק המדינתי) לבין ערכים של ריסון שיפוטי ופדרליזם.

⁶³ ראו: Trump v. Int'l Refugee Assistance Project, 137 S. Ct. 2080, 2082-83 (2017).

⁶⁴ ראו: Henry T. Scott, Note, *Burkean Minimalism and the Roberts Court's Docket*, 6 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 753, 761, 763 (2008).

⁶⁵ ראו: S.M., *Shrewd Justice: The Supreme Court's Curious Compromise on the Travel Ban*, THE ECONOMIST (June 26, 2017), <https://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2017/06/shrewd-justice>.

⁶⁶ כך למשל, בעניין Texas v. Pennsylvania, (order list: 592 U.S., December 11, 2020), דחה העליון האמריקני על הסף את התביעה של טקסס למנוע אישור תוצאות הבחירות בפנסילבניה, משיגן, ג'ורג'יה וויסקונסין בשל שינויים שערכו אותן מדינות לחוקי וכללי הבחירות בשל מגפת הקורונה והמפורות לטענת טקסס את החוקה הפדרלית. הדחיה התבססה על העדרה של זכות עמידה של טקסס לתבוע נגד התנהלות מדינות אחרות בבחירות, שכן לא הצליחה להוכיח שיש לה אינטרס לגיטימי באופן שבו נערכים הבחירות במדינות אחרות. דעת המיעוט נגעה בשאלה האם יש לביהמ"ש שיקול דעת לדחות על הסף, מקום שהחוקה עצמה מעניקה לביהמ"ש סמכות מקורית לדון בתביעות של מדינה אחת כנגד מדינה אחרת. עם זאת, גם שופטי המיעוט אמרו, שלא היו מעניקים לטקסס את הסעד יוצא הדופן שביקשו והוא מניעת אישור הבחירות ומינוי האלקטורים באותן מדינות. אליטו כתב שאינו מביע דעה על עניינים אחרים, וכנראה כיוון להתנהגות הבלתי חוקתית, לדעתו, של ביהמ"ש העליון של פנסילבניה בהארכת הדד-ליין בקבלת המעטפות בדואר.

⁶⁷ ראו: Tom Goldstein, *The dilemma of the Pennsylvania injunction request*, SCOTUSblog (Nov. 7, 2020), <https://www.scotusblog.com/2020/11/the-dilemma-of-the-pennsylvania-injunction-request/>.

25. לאחר כחודש ימים, הודיעו גם העותרים הרפובליקנים לביהמ"ש כי העתירה לא תשנה את תוצאות הבחירות, אבל טענו כי עדין יש להכריע את העתירה לגופה על מנת לבאר את החוק שכן הסוגיה צפויה להתעורר שוב בבחירות בעתיד.⁶⁸ השופטים לא השתכנעו וב-22 בפברואר – כחמישה חודשים לאחר שהוגשה – סירב העליון האמריקני סופית לשמוע את העתירה.⁶⁹ גם הפעם להודעת הסירוב של העליון צורפו דעות מיעוט של השופטים השמרנים.
26. השופט תומס הודה כי החלטת העליון של פנסילבניה לכתוב מחדש את חוקי הבחירות של פנסילבניה לא השפיעה על מספיק קולות כדי לשנות את תוצאות הבחירות הפדרליות. עם זאת, במקרים עתידיים התוצאה יכולה להיות אחרת. תומס גרס שהעתירה בעניין **פנסילבניה** היא הזדמנות אידיאלית זמן רב בטרם מחזור הבחירות הבא להכריע בסוגיה המשפטית בדבר סמכותם של בתי משפט וועדות בחירות, שאינם המחוקק המדינתי, לקבוע את כללי הבחירות. תומס כתב כי סירובו של ביהמ"ש הוא ללא הצדקה ומביך. לדעתו, מכיוון שהחוקה הפדרלית מעניקה למחוקק המדינתי את הסמכות להסדיר את הבחירות הפדרליות, ביהמ"ש העליון של פנסילבניה הפר את החוקה הפדרלית כאשר "התגבר על כוונתו המפורשת של המחוקק".⁷⁰ תומס הדגיש כי בחירות הן בעלות חשיבות יסודית למבנה החוקתי האמריקני, ובאמצעותן האמריקנים מקיימים שלטון עצמי. אולם, אידיאל זה יכול להיות ממומש רק כאשר הבחירות כוללת תהליכים המעניקים לאזרחים (כולל אלה שהפסידו) אמון בהוגנות הבחירות. שינוי הכללים באמצע המשחק אינם מעוררים אמון והדבר גרוע במיוחד כאשר הדבר נעשה על ידי פקידים שאולי אפילו יתברר שהם חסרי סמכות לשנות את הכללים.
27. במבט ראשון, כתב תומס, אולי עדיף להמתין לפעם הבאה שהשאלה תתעורר, שכן בחירות 2020 כבר הוכרעו. עם זאת, תומס מציין שלושה טעמים מדוע בענייני בחירות ביהמ"ש אינו מצויד כראוי לטפל בסכסוכי בחירות בזמן אמת ולכן ראוי להשתמש במקרה מסוג זה כדי להתמודד עם השאלה החוקתית החשובה שעניין פנסילבניה מעורר. **הטעם הראשון**, שהתדיינויות בענייני בחירות בזמן אמת מתבררות בלוחות זמנים קצרים ונוקשים, מעוררות תיקים בעלי מורכבות עובדתית, המצריכות הליכי גילוי, עדות, וערעור. לוח הזמנים והמציאות העובדתית המשתנה במהירות הופכת את התערבות העליון לבלתי אפשרית. הטעם השני, שאל לוח הזמנים הנוקשה נלווה שימוש מוגבר בהצבעה בדואר⁷¹ והמנגנונים המתלווים להצבעה בדואר שנועדו להרתיע מפני זיופים ולהבטיח את טוהר הבחירות. הצבעה בדואר מגבירה את כמות הקולות תחת מחלוקת – לעיתים מאות אלפים ואפילו מיליונים – וגם היא מצריכה תהליכים של גילוי וביור המקשים על ביצוע הביקורת השיפוטית בזמן אמת. הטעם השלישי, שהתדיינויות בחירות מאלצת את ביהמ"ש לקבל החלטות של מדיניות שאינה מעניינם. למשל, מקרה בו פקיד שינה את הכללים בבחירות שלא כדין, אבל הבוחרים כבר הסתמכו על השינוי, וביהמ"ש צריך לבחור

⁶⁸ הודעת העותרים לביהמ"ש מיום 15.12.2021.

⁶⁹ עניין **פנסילבניה**, לעיל הערה 1.

⁷⁰ **שם**, בע' 3.

⁷¹ **שם**, בע' 7. תומס מציין כי בעבר ההצבעה בדואר ברחבי ארה"ב הייתה מיוחדת למצביעים בעלי מסמכים המתעדים סיבות טובות להצבעה בדואר ולא בקלפי ביום הבחירות. בשנים האחרונות ובמיוחד מאז פרוץ מגפת הקורונה מדינות רבות הרחיבו והקלו על אזרחים המעוניינים להצביע בדואר. בפנסילבניה, למשל, 4% בלבד מהקולות בבחירות בשנת 2018 היו מהצבעות בדואר. בבחירות 2020 אחוז המצביעים בדואר עלה ל-38% מסך המצביעים.

בין אכיפת הוראות המחוקק ושליטת זכות ההצבעה לקבוצה של מצביעים שהסתמכו על הכלל החדש.

תומס סיכם ואמר כי התדיינות משפטית בתקופת הבחירות אינה מתאימה לכל סוגי הסכסוכים, לרוב אינה יכולה להשיב את המצב לקדמותו טרום הבחירות, ובמיוחד אינה יכולה לברר טענות לכשלים מערכתיים, הרתעת בוחרים או זיופים הפוגעים באמון הציבור בתוצאות הבחירות.⁷² תומס התייחס גם לטענת המשיבים הדמוקרטים, כי העתירה הפכה לשאלה מתה (דוקטרינת ה-mootness), עתירה שההכרעה בה אינה נחוצה עוד. בהקשר של התדיינות בענייני בחירות, כתב תומס, מתקיים חריג לדוקטרינה הנ"ל: (1) הפעולה תחת מחלוקת משפטית קצרה מדי מכדי שניתן יהיה להתדיין לגביה באופן מלא. (2) יש סיכוי סביר כי הפעולה תחזור על עצמה ותפגע שוב בצד המתלונן. בענייננו, ביהמ"ש העליון של פנסילבניה האריך את המועד שישה שבועות לפני הבחירות והותיר זמן מועט לעליון האמריקני לבקר את ההחלטה. בנוסף טען תומס כי הסוגיה עולה בעוד כמה עתירות שהוגשו כנגד העליון של פנסילבניה, וכן ניתן גם להניח כי יעשה שימוש בהלכה, שנפסקה על ידי בית המשפט בפנסילבניה, על מנת להצדיק התערבות בחוקי הבחירות על ידי בתי משפט נמוכים אחרים.⁷³ תומס מסיים בתהייה למה העליון מחכה, וכי באי המעש השיפוטי העליון מזמין בלבול ושחיקה של אמון המצביעים.

28. גם השופט אליטו כתב דעת מיעוט (בהצטרפות השופט ניל גורסיץ'), שציין משנסתיימו הבחירות והוכרעו, אין סיבה שלא לשמוע את העתירה המציגה שאלה חשובה למערכות הבחירות העתידות לבוא. אליטו התייחס לטענת המשיבים הדמוקרטים כי המקרה אינו מצוי בחריג לדוקטרינת "השאלה המתה".⁷⁴ לטענת המשיבים, החלטת העליון של פנסילבניה נובעת מהתרחשותה של "סערה מושלמת" (מגפת הקורונה, עליה בכמות ההצבעות בדואר ועיכובים בשירותי הדואר) שלא תחזור שנית. אליטו דוחה טענה זו משלוש סיבות. ראשית, היא אינה לוקחת בחשבון את רוחב היריעה של החלטת העליון של פנסילבניה, שביסס את סמכותו להתגבר על ההוראות הספציפיות והברורות של המחוקק בהוראה המבטיחה בחירות חופשיות ושוות המצויה בחוקה של פנסילבניה. ניתן לצפות שגורמים שאינם מרוצים מכללי הבחירות שנקבעו על ידי המחוקק של פנסילבניה יעוררו הלכה זו בעתיד, כשיבקשו מבתי המשפט להחליף כללי בחירות שאינם לטעמם של אותם גורמים. שנית, אין צורך שההיסטוריה והנסיבות יחזרו על עצמם באופן זהה או כמעט זהה. שלישית, איננו יודעים מתי מגפת הקורונה תחלוף, ועד כמה באמת מדובר בנסיבות חריגות, ועל כל פנים ראוי לקבוע את הכללים לבחירות הפדרליות מספיק זמן מראש.

ד) סיכום המגמות האמריקניות כפי שבאו לביטוי בעניין פנסילבניה

29. **לסיכום**, בניגוד לביהמ"ש העליון הישראלי (שבו נדון במאמר הבא), השופטים השמרנים בעליון האמריקני רואים כי להם תפקיד מוגבל בפתרון סכסוכים בענייני בחירות:

⁷² שם, בע' 9.

⁷³ שם.

⁷⁴ החריג הוא שביהמ"ש ישמע עתירה הגם שהיא "מתה", כי יש ציפייה סבירה שהמקרה יחזור על עצמו ויחמוק מביקורת שיפוטית.

א) הם נצמדים לסמכות שהוענקה להם על ידי החוקה האמריקנית בהתאם לפרשנות אוריג'ינליסטית (מקורנית) שלה (המשמעות הפומבית של החוקה במועד המקורי בו התקבלה);

ב) הם מקפידים על כך שהחלטות תתקבלנה על ידי גופים בעלי סמכות בהתאם למבנה הבסיסי החוקתי, ובעיקר על ידי המחוקקים המדינתיים. החלטות של בתי משפט וועדות בחירות הסותרות את כוונת המחוקק המדינתי באשר לאופן התנהלות הבחירות לוקות באי חוקתיות;

ג) בניגוד לביהמ"ש של וורן בשנות השישים, הם נמנעים מהתערבות בבחירות

בהתאם למושג מופשט, ערטילאי, ואחיד של עקרון השוויון בבחירות.

30. הוויכוח בתוך המחנה השמרני הוא בעיקר על אופן ומהות ההתערבות ונחיצותה בגבולות מצומצמים. חוקי הבחירות בארה"ב רחוקים מלהיות מושלמים, אבל התפקיד של העליון האמריקני, לגישתם, אינו תיקון עולם ולכן השופטים השמרנים מסרבים להגיש סעד ואפילו לדון לגופו של עניין אם התביעה אינה ממוסגרת ומוצגת להם באופן התואם את סמכותם. עם זאת, אנחנו רואים כי בתוך המחנה השמרני קיים ויכוח, הקשור לנטייתו של רוברטס לחפש אחר דרך הפשרה וההסכמה, על מנת להימנע מהתפלגות בהתאם לקווים אידיאולוגיים, דבר המוביל לפירוק סכסוכים למסגרות מצומצמות ודחייה ככל הניתן את הכרעתם הבינארית.

ציטוט מוצע: שוקי שגב "בחירות בקלפי והשינוי בתפקיד בית המשפט העליון: חלק א (ארה"ב)"
בלוג איזונים ובלמים (12.4.2021).